

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VII.

Beitrag zur Streitfrage, ob es eine eigene vom gewöhnlichen eigentlicheu Besitz verschiedene possessio civilis im Römischen Rechte gebe?*)

Von Herrn Hofrath u. Prof. Dr. Warnkönig in Freiburg.

Wer sich öfter mit der Lehre vom Besitz im Römischen Rechte beschäftigt hat, wird eingestehen, daß er bei der Darstellung der von Savigny zuerst gegebenen dreitheiligen Eintheilung des Besitzes, in possessio civilis, possessio und possessio naturales, ein gewisses Unbehagen empfunden hat. Wenigstens war dieß beim Verfasser nachfolgender Bemerkungen der Fall, sowohl beim Lehren als bei Abfassung seiner französischen und lateinischen Grundzüge der Savignyschen Besitztheorie. Zwar hatte er bereits im Jahr 1814 als Zuhörer der Pandekten bei seinem berühmten Lehrer Thibaut einiges von den Einwürfen Erb's gegen die Annahme einer eigenen possessio civilis vernommen, allein dieselben waren nicht genau entwickelt: jetzt da durch den neuesten Aufsatz Thibaut's die ganze Streitfrage zur Reife gelangt ist, wird es ihm, so wie jedem andern Civilisten leicht werden, dieselbe genau aufzugreifen und zur Lösung derselben,

---

*) Die hier mitgetheilten Bemerkungen über die berühmte Streitfrage sind bereits 1835 in Gent niedergeschrieben und blos deshalb nicht eher gedruckt worden, weil Herr Geh. Justizrath v. Savigny dem Verfasser eine bevorstehende neue Ausgabe seines Werks über den Besitz angekündigt hatte; das längere Ausbleiben dieser Ausgabe, und die von Herrn Prof. Burchardi bekannt gemachte Abhandlung im Archiv XX. 1. haben aber den Verfasser bestimmt, den Wünschen des Herrn Geh. Raths Thibaut zu entsprechen, und diesen Aufsatz mitzutheilen. Nach dem Erscheinen der neuen Ausgabe behält sich der Verfasser vor, seine Ideen weiter zu verfolgen und auch über Hrn. Burchardi's Mitteltheorie sich auszusprechen.

wenn anders eine solche möglich ist, das Seinige beizutragen. Blos in dieser Absicht und weil die ganze Frage, wie ihm deucht, noch von andern Gesichtspunkten aus, als von Thibaut einerseits und Thon andererseits geschehen ist, behandelt werden kann, wagt er es, sein Schärflein, wie klein es auch seyn mag, hier beizusteuern. Es lassen sich gegen die innere Wahrscheinlichkeit der dreitheiligen Eintheilung des Besitzes mehrere allgemeine Gründe anführen, welche wir hier zur Beherzigung vorbringen.

1. Die genannte dreitheilige Eintheilung ist in keiner Stelle der Pandekten ausdrücklich angegeben, liegt auch nicht der gesammten Besitzlehre darin als Haupteintheilung zu Grunde. Sie ist offenbar das Resultat scharfsinniger Combinationen von Stellen, deren jede einzeln genommen, nichts schlagendes enthält. Diese Stellen sind nur zufällig in die Pandekten gekommen, d. h. ohne daß die Compilatoren die Absicht hatten, durch dieselben in der Lehre vom Besitz die Unterscheidung der genannten drei Arten zu reguliren. Hätten wir einige Stellen dieser Art mehr oder weniger, so würde unsere Auslegung zu andern Resultaten führen, wie z. B. wenn die schwierigste der Stellen Fr. 1. §. 9. 10. D. de vi fehlte. Die besprochene Eintheilung ist daher ein wissenschaftliches Kunstprodukt, ein Werk des Auslegers. Und es ist nichts weniger als gewiß, daß die alten Juristen selbst den Besitz so eingetheilt haben.

2. Wo in den Stellen der possessio civilis Erwähnung geschieht, wird ihr nie die sogenannte eigentliche possessio entgegengesetzt, sondern jedesmal die possessio naturalis, d. h. die bloße detentio, denn alle Beispiele der possessio naturalis, welche in allen Stellen vorkommen, sprechen von der bloßen detentio, nur eine, die genannte Fr. 1. §. 9. 10. vielleicht? nicht. Bei der großen Consequenz der Römischen Juristen wäre es nun offenbar auffallend, wenn sie statt den einzigen strengen Gegensatz der possessio naturalis, nemlich den Interdiktenbesitz anzuführen, eine erst diesem entgegengesetzte possessio civilis, nemlich den Usucapionsbesitz in einer

blos zweitheiligen Eintheilung aufgeführt hätten. Ja, da wir nur überall eine zweitheilige Unterscheidung von civilis und naturalis possessio finden: warum eine dritte Art annehmen und zwischen beide gewaltsam einschieben? Warum mehr thun als die Alten? warum glauben, diese hätten gerade die Hauptsache, nemlich den eigentlichen Besitz bei der Eintheilung vergessen, indem sie, wie bemerkt worden, die bloße Detention, (die Beispiele beweisen es) welche noch nicht Besitz ist, dem Usucapionsbesitz, der mehr als Besitz ist, entgegensetzen, und den eigentlichen Besitz auslassen! Die Annahme, er sey unter der possessio naturalis mitbegriffen, ist offenbar ein bloßes Auskunftsmittel, um die Widersprüche in Fr. 1. §. 9. 10. zu lösen. Für alle andern Stellen bedürfen wir desselben gar nicht, namentlich nicht für Fr. 3. §. 15. D. ad Exhib., wie wir alsbald näher zeigen werden.

3. An die vorstehende Bemerkung reiht sich folgende an. Civiliter non possidere heißt überall so viel als naturaliter possidere d. h. gar nicht besitzen. Fr. 24. D. h. t. F. 38. §. 7. 8. D. 45, 1.

Was ist nun der Gegensatz des civiliter *non* possidere? Nichts anderes als civiliter possidere d. h. possidere: ist civiliter non possidere bloße Detention, so muß civilis possessio wirklicher Besitz seyn und nicht mehr: denn inter duo contradictoria non datur medium.

4. Die Annahme einer eignen possessio civilis als Usucapionsbesitz war im Römischen Rechtssystem weder nöthig noch möglich, und ist auch in der Savigny'schen Theorie ohne alle praktischen Folgen. Sie war nicht nöthig: denn der Usucapionsbesitz ist nichts anders als der wirkliche, d. h. der Interdictenbesitz. Die hinzu kommende justa causa ändert die Natur des Besitzes ganz und gar nicht. Für die Usucapion ist sie nöthig, ebenso wie der Besitz, aber beide sind blos verschiedene Bedingungen, die mit mehreren andern zusammentreffen müssen, damit man

usucapire. Die Lehre vom Besitze ist in den Pandekten bei Gelegenheit der Usucapion vorgetragen, und ist von irgend einer andern species possessionis im 2. Titel des 41. Buches der Pandekten die Rede, als von dem blosen Interdiktenbesitz?

Ja es konnte nicht anders seyn: was ist nöthig zur Usucapion außer den übrigen und anderswo definirten Bedingungen? Der Besitz d. i. der wirkliche gewöhnliche Besitz. Ihn verlangte das Civilrecht hier, wie zu den Interdikten der Prätor. Wäre nun nicht eine große Verwirrung des Begriffes vom Besitze entstanden, wenn man gerade demselben die andern Usucapionsrequisite beigemischt hätte? Es war bei der Usucapion (besonders als noch die lucrativa usucapio pro herede bestand) vorerst nöthig, genau zu bestimmen: ob jemand besäße? Ohne Besitz konnten die übrigen Bedingungen der Verjährung gar nicht gedacht werden. Diesen Besitz bestimmten nun die Juristen und konnten nicht mehr thun. Nannten sie ihn possessio civilis, so änderten sie dadurch seine juristische Natur nicht. Denn wir wiederholen es, es ist derselbe Besitz, welcher bei den possessorischen Interdicten vorkommt.

5. Es darf nicht zugegeben werden, daß der Begriff der civilis possessio nur in Beziehung auf die Usucapion im Römischen Rechte sich gebildet hat. Wie man längst davon abgekommen, daß eine civilis dominii acquisitio deshalb so genannt worden, weil sie das jus quiritium gegeben (denn es ist ja ganz gewiß, daß namentlich bei res nec mancipi die naturales acquisitiones ebenfalls das Jus Quiritium und die Vindicatio gaben) so darf man nicht deshalb die possessio civilis nennen, weil sie die durch das Civilrecht d. h. durch die XII Tafeln mit dem Besitz verbundene Usucapio zur Folge hatte. Denn einestheils ist diese usucapio nicht die Wirkung des Besitzes allein: anderntheils kommt auch possessio civilis vor, wo keine usucapio möglich ist, z. B. bei malae fidei possessor: da er nach den Grundsätzen des Civilrechts nicht minder possessor

ist, wie der bonae fidei possessor, wenn er nemlich mit der detentio den animus rem sibi habendi verbindet.

Das civiliter possidere oder civiliter non possidere bezeichnet lediglich das Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn eines wirklichen Besitzes, nach den Grundsätzen des Civilrechts, oder die Entscheidung der Frage: ob Grundsätze des Civilrechts den wirklichen Besitz anerkennen oder ihn hindern. Deshalb erklärt es sich auch, warum bei weitem mehr Beispiele des civiliter non possidere vorkommen, als des civiliter possidere. Denn da die possessio eine Thatsache war, d. h. etwas Natürliches, das darin bestand, daß jemand mit der detentio rei den animus possidendi verband: so war nur hie und da anzuführen, wann und wiefern trotz des Vorhandenseyns dieses Factums dennoch kein Besitz angenommen wurde: wo nemlich nach den Grundsätzen des Civilrechts dieses Factum gar nicht als vorhanden betrachtet wurde, theils seiner Unwirksamkeit wegen, theils weil man durch Raisonnements zu der Consequenz kam, die Möglichkeit des animus possidendi zu läugnen, oder sogar das factum possessionis.

Dieß ist namentlich der Fall:

a) Beim Sklaven, der auch mit dem besten Willen, etwas für sich haben zu wollen, doch weiß, daß er dieß nicht kann, weil er nach Civilrecht gar keinen Willen haben kann, da er nicht einmal eine Person ist.

b) Bei res extra commercium: weil jeder Inhaber derselben, trotz des Willens, sich dieselben zuzueignen, wohl weiß, daß er dieß rechtlich nie kann: daß ein animus rem extra commercium sibi habendi ein civilrechtliches Unding ist.

Es sind also hier zwei Fälle, in welchen die bekannte Bemerkung Ulpians in Fr. 49. pr. D. h. t. plurimum ex jure possessio mutuatur, vorhanden*).

*) Ein anderes Beispiel eines nach Civilrecht geläugneten Besitzes ist nach Fr. 7. §. 1. 2. D. 10. 4. das des Rades eines andern, das

6. Die Annahme einer blos der Usucapion wegen vorhandenen possessio civilis ist von Savigny blos deswegen gemacht worden, um den Besitz des Faustpfandgläubigers und der vom Manne beschenkten Frau als eigentliche possessio erklären zu können: die denn aber dann doch nicht possessio schlechtweg, sondern höchst inconsequenter Weise *possessio naturalis* genannt worden seyn soll. Schon die letzte Annahme macht den Römischen Juristen wenig Ehre. Wie! diese großen Meister, deren Begriffe so bestimmt waren, daß sie damit rechnen konnten, sollten den in der ganzen Lehre vom Besitze so einfachen, so genau bestimmten und so klaren Begriff der possessio naturalis, d. h. des Besitzes, der im Rechte nicht gilt, sondern als blose natürliche körperliche Thatsache vorkommt, dadurch wieder ganz ungewiß und zweifelhaft gemacht haben, daß sie darunter auch die wirkliche possessio verstanden hätten? Dieß ist nur schwer zuzugeben. Wir wollen versuchen, die verzweifelten Stellen, in denen von dem Besitze der obgenannten Personen die Rede ist, ganz natürlich zu erklären.

Als der Jurist Ulpian die Frage sich stellte: gegen wen die actio ad Exhibendum gegeben werden könne? war seine Antwort diese: sowohl gegen den wirklichen Besitzer als den blosen Detentor. Um nun alle Fälle in eine Regel zu begreifen, sagten sie: adversus possessorem hac actione agendum: d. h. non solum eum, qui civiliter, sed etiam eum qui naturaliter incumbit possessioni. Hier anzunehmen, Ulpian hätte an den Usucapionsbesitz gedacht, ist unmöglich, indem das Geeignetseyn des Besitzes zur Usucapion für die Möglichkeit der actio ad Exhibendum durchaus gleichgültig ist. Daß jeder eigentliche Besitzer

man seinem Wagen aneignet, den man besitzt. Hier ist der Besitz des Wagenrades nicht vorhanden, weil es als selbstständige Sache nicht existirt, also nicht als ein Rad, sondern blos im Wagen besessen wird. Es ist also auch hier kein animus possidendi vorhanden, ja nicht einmal die detentio eines Rades als solches.

belangt werden könne, war gewiß: zweifelhaft konnte seyn (wie es ja auch nach fr. 9. D. 6. 1. bei der rei vindicatio war), ob der bloße Detentor hafte, und dies entscheidet der Jurist. Da trat ihm aber sogleich auch der Fall des Pfandgläubigers vor die Augen, und er entschied auch ihn: denn auch er besitzt wirklich. Der Umstand, daß er nicht zum Behufe der Usucapion besitze, thut nichts zur Sache: denn quod ad reliquas *omnes causas* pertinet, qui pignus accepit, possidet.

Daraus nun schließen zu wollen: Ulpian habe ihn als Naturalbesitzer und zwar als einen Naturalbesitzer einer eigenen Art, d. h. mit dem animus sibi habendi angesehen, ist logisch nicht richtig. Denn er besitzt nicht blos für die Interdicte, sondern in jeder Rücksicht (quod ad reliquas *omnes* causas pertinet). Sein Besitz hat nur das Singulare, daß, was die Usucapion betrifft, der Schuldner als Besitzer gilt. Ich würde also sagen: beide, d. h. sowohl dieser als der Pfandgläubiger besitzen civiliter: der erste für die Usucapion, der letzte in jeder andern Beziehung, also namentlich als solcher, gegen welchen die actio ad Exhibendum angestellt werden kann. Und gerade diese Eigenthümlichkeit ist es, warum der Jurist durch sein perplexes: *denique* den Fall hervorhob und entschied. – Es läßt sich, wie mir däucht, die Nothwendigkeit einer ganz eigenthümlichen possessio naturalis (d. h. einer solchen, mit der ein animus possidendi verbunden ist) abzuleiten und ihr eine blos der Usucapion wegen angenommene possessio civilis entgegenzustellen, aus obiger Stelle durchaus nicht ableiten.

Der zweite Fall des Besitzes der vom Manne beschenkten Frau ist freilich schwieriger. Wäre das civilrechtliche Verbot der Schenkung nicht vorhanden, so würde es keinem Zweifel unterliegen, daß die Frau Besitzerin sey. Jenes Verbot hindert nun eine Hauptwirkung des Besitzes, den Eigenthumsübergang der beschenkten Sache, selbst durch Usucapio (denn so weit dehnte man jenes Verbot aus, weil nach altem Rechte,

wornach die Usucapionszeit so kurz war, das Verbot fast jedesmal hätte umgangen werden können. Dieses Verbotes wegen konnten die Juristen fragen: hebt es den Besitz der beschenkten Frau ganz auf, oder nicht? Daß sie darüber nicht alle gleicher Meinung waren, beweist die Bemerkung Paulus in fr. 1 §. 4. D. 41. 2. Si vir uxori cedat possessione donationis causa, *plerique* putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Die Frau besitzt also jure civili, quoniam infirmari res facti non potest; obgleich derselbe Paulus das Gegentheil annimmt in fr. 26. pr. D. 24. 1. (*licet illa jure civili possidere non intelligatur*). Nur ein Ausweg war — nämlich zu sagen: die Frau besitzt — aber ohne die civilrechtliche Wirkung der Usucapion. Und diese Mittelmeinung ist durch Justinian sanctionirt worden.

Wie war nun aber dieser Besitz der Frau zu nennen? Savigny sagt unbedenklich — naturalis possessio. Dieß steht aber ausdrücklich und bestimmt eben so wenig in irgend einer Stelle, als daß der Besitz des Faustpfandgläubigers so genannt werde. Blos durch ein Raisonnement bringt man jene Bezeichnung heraus: indem man in fr. 1. §. 9. 10. D. de vi das Beispiel der beschenkten Frau, welche, wenn sie aus dem geschenkten Grundstück herausgeworfen ist, das Interdikt hat, als in einem der Fälle annimmt, in welchen nach den Anfangsworten des Fragments auch der als dejectus angesehen wird, der naturaliter possidet. Aber auch hier ist die gezogene Schlußfolge nicht streng logisch richtig: denn das Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus, ermächtigen nicht zu einer solchen Schlußfolge. Der Jurist unterscheidet hier abermals einen perplexen Fall, weil wegen der Meinungsverschiedenheit der Juristen es zweifelhaft war, ob die Frau wirklich besitze. Daß er sie als Besitzerin annimmt, drückt er gerade dadurch klar aus, daß er sagt: non tamen si colonus, welcher ganz gewiß nur eine nuda detentio hatte. Paulus behan-

delt in fr. 1 §. 4. die Frau als wirkliche Besitzerin, d. h. deren Besitz das Civilrecht nicht aufhebe und gibt dazu folgenden Grund: Quid attinet dicere: non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluerit possidere, protinus amiserit possessionem.

Wir wollen von der anderen Seite nicht läugnen, daß das Frag. 1 §. 9. eine Abweichung von der gewöhnlichen Terminologie enthält, was vielleicht daher kommt, daß die Stelle ursprünglich von Interdikten de vi armata handelte, welches wenigstens nach *Cicero* pro Caecina (32) (Savigny Besitz 5te Ausgabe S. 461) auch dem bloßen Detentor zustand. Auch das wollen wir zugeben, daß Savigny's künstliche Erklärung durch die Verbindung der verschiednen vom Besitze der beschenkten Frau redenden Stellen ein alle Schwierigkeit dieser Stellen hebendes Resultat erhält: wenn es ihr auch an logischer Strenge fehlt und dieselbe nicht zur allgemeinen Auffassung der Eintheilung vom Besitze in possessio civilis und naturalis paßt.

Wir schließen mit einem Blicke auf das fr. 2. §. 1. D. pro herede, wo die Regel nemo sibi causam possessionis mutare potest sowohl auf den Civil- als Naturalbesitzer angewandt wird. [Sic accipiendum est, ut *possessio* non solum *civilis* sed etiam *naturalis* intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum apud quem res deposita est etc. lucrifaciendi causa usucapere posse.]

Indem wir als gewiß annehmen, jene Regel gehe auf die improba usucapio: geben wir doch nicht zu, daß hier der Usucapionsbesitz als eine eigene dritte Art der possessio der bloßen detentio entgegengesetzt werde, sondern glauben, es sey blos der wirkliche Besitz dem Naturalbesitz entgegengesetzt.

Diese Stelle führt zu einer ganz einfachen und natürlichen Erklärung der römischen Begriffe.

Der Besitz war sowohl im Civilrechte als im prätorischen

Rechte von Bedeutung: er war aber in beiden Rechtssystemen nur vorhanden, wenn mit der detentio der animus possidendi verbunden war. Der eigentliche und alleinige Gegensatz der wirklichen possessio war daher stets die naturalis possessio, d. h. die nuda rei detentio.

Ist nun im prätorischen Rechte vom Besitze die Rede, also bei der Interdikten, so wird der wirkliche, d. h. der durch ein Interdikt geschützte Besitz possessio schlechtweg genannt.

Handelt es sich aber im Civilrecht vom Daseyn oder Nicht-Daseyn des Besitzes (d. h. desselben wirklichen Besitzes), so wird der als vorhanden angenommene Besitz (wenn er der detentio oder naturalis possessio entgegengesetzt wird), civilis possessio genannt. Civiliter possidere ist also wirklich besitzen (ohne daß die possessio nothwendig auf die Usucapio zu beziehen ist). Civiliter non possidere oder naturaliter possidere ist nach Civilrecht nicht besitzen.

Ein Ausnahmsfall war vielleicht [1]) vorhanden, wo der Besitzer nach prätorischem Rechte im Civilrecht es nicht gewesen, nämlich die vom Gatten beschenkte Frau. Dieser einzige Ausnahmsfall ermächtigt uns aber nicht, eine eigene Mittelstufe zwischen der possessio civilis und der naturalis anzunehmen, welche allein der wahre Besitz wäre, so daß der Begriff von possessio civilis aus der ganzen Lehre vom Besitz verbannt und in die der Verjährung verwiesen werden müßte.

---

*) Daß wir dies nicht zugeben, ergibt sich aus unseren gegebenen Erklärungen.